

O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo *

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ

Professor da Faculdade de Direito da UERJ

1. Considerações introdutórias - Todo estudo comparativo deve, antes de mais nada, indicar o objeto da comparação: isso é verdade para o direito processual, como para qualquer outro ramo da ciência jurídica. São naturalmente várias as perspectivas que se oferecem ao comparatista em matéria de processo. Ele pode situar-se em plano generalíssimo, para pôr em confronto, digamos, os princípios fundamentais de dois ou mais sistemas de funcionamento da Justiça. Pode, em vez disso, escolher tema específico: por exemplo, cotejar os efeitos da revelia, ou os limites subjetivos da coisa julgada, em ordenamentos distintos. Entre esses extremos há uma linha contínua, onde fica livre ao estudioso colocar-se em ponto de grau mais ou menos alto de generalidade.

Múltiplos, é claro, são os fatores que influem na opção. Bem se compreende que eles variem de acordo com o objetivo que o comparatista tem em mira: a escolha de determinado assunto pode assumir maior interesse quando se cuida de trabalho puramente científico do que no caso de estarem a colher-se elementos para uma proposta de reforma legislativa, e vice-versa. Outro fator a levar em conta é a maior ou menor afinidade entre os ordenamentos que se vão confrontar: a comparação entre aspectos particulares da disciplina do procedimento será provavelmente mais interessante e mais útil se se trata de sistemas próximos do que na hipótese de sistemas opostos por desigualdades radicais.

Costumam os ordenamentos jurídicos ser agrupados em famílias, em cada uma das quais se reúnem ordenamentos ligados entre si por laços mais estreitos. A pertinência a esta ou aquela família explica-se, basicamente, por circunstâncias históricas: sistemas oriundos de um tronco comum apresentam traços também comuns, distintos dos traços característicos de sistemas de diferente ascendência. Ocioso notar que a distinção tem alcance relativo,

* Texto (com o acréscimo de notas) de conferência pronunciada no Rio de Janeiro, em 5.9.2003, no XII Congresso Internacional de Direito Comparado.

até porque os vaivéns da História deram (e continuam a dar) ensejo a infiltrações e contaminações recíprocas entre ordenamentos de origens diversas. Se quiséssemos assinalar cada família por uma cor típica, teríamos de reconhecer a existência de um sem número de matizes e entretons, mercê dos quais pode acontecer que este ou aquele ordenamento de uma família, em determinada perspectiva, acabe por assemelhar-se mais aos de outra família que aos de sua própria. Com essa importante ressalva, a distribuição dos sistemas jurídicos em famílias conserva interesse sobretudo, embora não exclusivamente, como *diferenciação de tendências*.

2. Famílias jurídicas ocidentais - No panorama jurídico do ocidente³ é usual a contraposição entre dois grandes grupos (ou famílias): o dos ordenamentos romano-germânicos e o dos anglo-saxônicos, aos quais se aplicam respectivamente, em língua inglesa, as conhecidas denominações **civil law** e **common law**. Incluem-se no primeiro grupo, como o nome indica, os sistemas formados sobre base romana, com a contribuição trazida pelos povos germânicos que invadiram o império. A ele pertencem os ordenamentos da maior parte do continente europeu e os das regiões que países aí situados colonizaram, entre elas a América latina. O segundo grupo compõe-se do direito inglês e dos sistemas a ele filiados, com realce para o norte-americano.

A essas duas famílias acrescentava-se, até alguns anos atrás, a dos ordenamentos do chamado “bloco socialista”. Sistemas de tal corte remanescem nos poucos países onde ainda vigoram regimes socialistas, mas a dimensão do fenômeno, é óbvio, encolheu notavelmente. Nos Estados do leste europeu, inclusive nos resultantes da dissolução da antiga União Soviética, as mudanças políticas refletiram-se, como não podia deixar de suceder, na paisagem jurídica: as respectivas legislações, a partir dos últimos anos do século XX, vêm experimentando profundas transformações, ainda não completadas, ao que consta sob a dupla e contrastante influência de europeus e de norte-americanos, que rivalizam no empenho de dar bússola aos novos rumos. Seja como for, a grande divisão é mesmo a que habitualmente contrapõe **civil law** e **common law**.

Semelhante divisão, vale ressaltar, não há de ser concebida em termos estáticos. Tem o sabor do óbvio o asserto de que os ordenamentos jurídicos se acham em constante evolução - nos dias que correm, provavelmente, com maior rapidez do que noutros tempos. Ao estudioso não é lícito deixar de

3 Será talvez desnecessário registrar que se emprega aqui a palavra “ocidente” em sentido que não coincide forçosamente com o geográfico. Do ponto de vista jurídico, e em particular do processual, a Turquia e o Japão, por exemplo, pertencem ao mundo ocidental.

tomar em consideração esse dinamismo. Semelhanças e dessemelhanças podem aumentar e diminuir, quiçá desaparecer. Nem é necessária, às vezes, uma expressa reformulação de textos legais. À margem deles, mudanças culturais fazem sentir-se na maneira de compreender e valorar comportamentos humanos. A interpretação e aplicação das normas jurídicas não escapa a esse processo evolutivo. É oportuno, para não dizer indispensável que, de vez em quando, se retomem as comparações, a fim de verificar se ocorreram modificações capazes de tornar obsoletas posições clássicas, ou - se e em que medida - ainda é possível reputá-las válidas.

3. Civil law e common law: processo “inquisitorial” e processo “adversarial” - O confronto entre *civil law* e *common law* tem sido feito por diversos prismas. No campo do processo, é critério recorrente o que se tira da “divisão do trabalho” entre juiz e partes (*rectius*: entre juiz e advogados das partes) na instrução probatória. Adverte-se aí uma diferença de acentuação: os ordenamentos anglo-saxônicos atribuem a tarefa principalmente aos advogados, enquanto nos da família romano-germânica assume relevância maior o papel do órgão judicial. Cunharam-se até denominações, no âmbito do *common law*, para assinalar o contraste: ao processo do tipo dominante na família romano-germânica chama-se “*inquisitorial*”, ao outro tipo “*adversarial*”. À evidência, jamais existiu e com certeza jamais existirá ordenamento processual “quimicamente puro”: todos combinam, em variável dosagem, elementos de ambos os tipos.⁴ Apesar do generalizado reconhecimento desse fato, porém, subsistem na literatura a noção da diversidade e o uso das expressões tradicionalmente empregadas para indicá-la.

Os estudiosos têm visto correlação entre as características do processo no mundo de *common law* e o uso do júri em matéria civil, datado na Inglaterra de época já longínqua e, conquanto reduzido naquele país a casos excepcionais,⁵ ainda vigente nos Estados Unidos. Realmente, desde que se outorgou ao júri a função soberana e indelegável de “juiz do fato”, era natural que se houvesse por indébita qualquer interferência do órgão judicial na

4 De tão trivial, a observação a rigor dispensa abonações. Vide, em todo caso, as referências bibliográficas em BARBOSA MOREIRA, “Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos”, in **Temas de Direito Processual**, Sétima Série, S. Paulo, 2001, p. 161, nota 9, às quais se pode acrescentar, recentissimamente, JOLOWICZ, “*Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*”, in **International and Comparative Law Quarterly**, v. 52 (abril de 2003), p. 281 (“...a purely adversarial process is no more capable of existing in the real world than a purely inquisitorial one”).

5 Indicações doutrinárias em BARBOSA MOREIRA, art. cit. em a nota anterior, p. 162/3, nota 13. Vide também a nota 27, *infra*.

preparação e apresentação, pelas partes, do material fático destinado a dar suporte às respectivas pretensões. Não é desprezível a hipótese de uma persistente incrustação histórica: ainda onde hajam cessado as razões do fenômeno, continuariam a fazer-se sentir suas conseqüências - não só, aliás, o predomínio das partes sobre o juiz na atividade instrutória, mas igualmente a concentração desta na sessão de julgamento (*trial*) e a preferência, hoje parcialmente atenuada, pelas provas orais.

Cumprе recordar que também a doutrina dos países de **civil law** costuma aludir, neste contexto, ao “princípio inquisitivo” (ou “inquisitório”) e ao “princípio dispositivo”. Na verdade, semelhantes locuções vêm-se utilizadas, de forma bastante equívocada, a propósito de questões heterogêneas, como a iniciativa da instauração do feito, a delimitação do objeto do julgamento, a possibilidade de dar-lhe fim mediante ato unilateral ou bilateral de composição do litígio, a abrangência do efeito devolutivo dos recursos.... No momento, interessa-nos o emprego das locuções em matéria de obtenção de provas. Fala-se de “princípio inquisitivo” em relação com a idéia de que é função do juiz obtê-las; e de “princípio dispositivo” com a idéia de que esse trabalho incumbe às partes.⁶

Mudanças recentes põem na ordem do dia o reexame da questão. Em ambos os territórios, no anglo-saxônico e no romano-germânico, vêm ocorrendo inovações de manifesta relevância. Produzirão elas reflexos suscetíveis de justificar o abandono da imagem tradicional? Ou remanescem intactas características suficientes para que continuemos a admiti-la - eventualmente com retoques - como representação não muito distante da realidade? É nosso intuito aqui tentar responder, posto que sumariamente, a essas indagações.

4. O juiz e a instrução do processo: *common law* - Muitas e muitas vezes se tem atribuído ao juiz anglo-saxônico, em obras doutrinárias, papel passivo em matéria probatória. Incumbe-lhe, sem dúvida, decidir objeções porventura feitas à admissibilidade de certas provas, fiscalizar a produção das provas orais no *trial* e, obviamente, valorar os elementos apresentados, para fundamentar a sentença? com ressalva, no particular, das hipóteses de

6 Cf., em nossa literatura recente, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, **Poderes instrutórios do juiz**, 3ª ed., S. Paulo, 2001, p. 86. O autor não deixa de pôr em evidência, nas páginas subseqüentes, a equivocidade da expressão “princípio dispositivo” - o que já frisávamos em trabalho de há quase vinte anos: vide BARBOSA MOREIRA, “O problema da ‘divisão do trabalho’ entre juiz e partes: aspectos terminológicos”, in **Temas de Dir. Proc.**, Quarta Série, S. Paulo, 1989, p. 35 e segs., e voltamos a sublinhar em mais de um escrito, v.g. “Reformas processuais e poderes do juiz”, in **Rev. Jurídica**, nº 306.

competência do júri, hoje quase desaparecidas na Inglaterra, no terreno civil, mas subsistentes nos Estados Unidos, onde o julgamento pelo tribunal popular é garantia prevista na Constituição (art. III, seção 2, nº 3, e 6ª Emenda). Mas daí não se passa: ainda quando franqueada ao órgão judicial, em teoria, a possibilidade de tomar iniciativas probatórias, não se tem visto com bons olhos, na prática, a utilização dessa prerrogativa.

Narra-se, ao propósito, o caso de certo juiz inglês que, há décadas, teve anulado julgamento que presidira, por haver feito muitas perguntas às testemunhas ? comportamento reprovado como violador da garantia do *fair trial*. Foi-se ao extremo de induzir o magistrado a renunciar ao cargo.⁷ Aos advogados norte-americanos de modo nenhum lhes agrada que o juiz, participando ativamente da colheita das provas orais, “roube” a cena de que desejam ser, eles próprios, os protagonistas. Essa idiossincrasia é capaz de induzir numerosos magistrados a timbrar na autocontenção, notadamente nos Estados onde os juízes são eleitos: aqueles que se candidatam à reeleição não se dispõem com facilidade a alienar a simpatia da classe dos advogados, cuja influência eleitoral costuma ser apreciável.

Na Inglaterra, a situação está sensivelmente alterada. Não foi repentina a mudança: há algum tempo, vinham-se introduzindo na legislação modificações que deslocavam o ponto de equilíbrio entre as forças atuantes na arena judiciária. De início, o juiz incumbido de presidir o *trial* não tinha acesso, antes desse momento, a peças processuais; partia-se da premissa de que ele devia chegar à sessão de julgamento sem prévio conhecimento do assunto, a fim de conjurar o risco de que sua mente, em vez de ficar aberta às impressões colhidas ao vivo no *trial*, já sofresse alguma inclinação prematura. A ignorância era havida por garantia de imparcialidade e barreira contra o prejulgamento. Tal sistema foi alterado nos anos 90, em termos tais que, no pensamento de doutrina autorizada, já afastavam o direito inglês do modelo *adversarial*.⁸

A evolução tomaria maior impulso com o advento das *Rules of Civil Procedure* - em vigor desde 1999 ? verdadeiro código de fisionomia parecida,

7 O episódio é relatado por Lord DENNING, no vol. **The Due Process of Law**, Londres, 1980, p. 58 e segs., sob o título “*The judge who talked too much*”.

8 Para não multiplicar as citações, remetemos o leitor ao artigo de JOLOWICZ, publicado em tradução para o português (do autor deste ensaio), sob o título “A reforma do processo civil inglês: uma derrogação ao *adversary system*?”, in **Rev. For.**, v. 328. A leitura desse e de outros trabalhos da mesma pena é essencial, ao nosso ver, para o conhecimento e a compreensão do processo evolutivo que, nos últimos tempos, marcou o funcionamento da Justiça civil na Inglaterra: além do art. cit. em nota 2, supra, vide, em trad. ital. de Michele Lupoi, “*Il nuovo ruolo del giudice del “pre-trial” nel processo civile inglese*”, in **Riv. trim. di dir. e proc. civ.**, v. LVI (2002), p. 1.263 e segs.

em mais de um aspecto, com os diplomas análogos dos países de **civil law**.⁹ Não se chegou aí a conferir ao órgão judicial, em termos expressos, o poder de determinar **ex officio** a realização de provas; mas decerto se lhe outorgaram amplas faculdades de controle da atividade probatória.¹⁰ Pode o juiz, por exemplo, emitir instruções no sentido de especificar as questões para as quais deseja prova, a natureza da prova de que carece para resolvê-las e a maneira como deve ser ela apresentada em juízo (*Rule* 32.1); pode também ordenar à parte, a qualquer momento, que esclareça matéria discutida no processo, ou ministre informação adicional a respeito (*Rule* 18.1 (10)).

Tópico importante é o atinente à prova pericial. Na tradição anglo-saxônica, o perito nada mais era que uma testemunha qualificada (**expert witness**), que a parte convocava para depor a seu favor. As *Rules of Civil Procedure* colocam o perito na posição de auxiliar imparcial do juiz, enfatizando que seu dever para com o tribunal sobrepõe a toda obrigação para com a pessoa da parte (*Rule* 35.3). Sempre que os litigantes pretendam que se realize perícia sobre determinada questão, dá-se ao órgão judicial a possibilidade de ordenar que ela seja levada a cabo por um único perito, o qual pode ser indicado mediante acordo das partes, mas, na falta deste, pelo próprio tribunal (*Rule* 35.7); o órgão judicial tem o poder de emitir instruções sobre qualquer inspeção, exame ou experiência que o perito único deseje realizar (*Rule* 35.8, (3), (b)).¹¹

É diferente o panorama nos Estados Unidos. Aí, a instrução probatória continua a depender em larga medida da iniciativa das partes (**rectius**: dos advogados). Uma das chaves mestras utilizadas nessa atividade consiste no procedimento denominado **discovery**, cuja substância reside na possibilidade, que se abre aos advogados, de pesquisar e explorar fontes de prova fora do âmbito judicial. Compreendem-se nesse poder, v.g., a sujeição do adversário e de eventuais testemunhas a interrogatório sob juramento, sem a pre-

9 Vide nossa resenha, sob o título “Uma novidade: o Código de Processo Civil Inglês”, in **Temas**, Sétima Série cit., p. 179 e segs. (especificamente sobre a disciplina da instrução probatória, p. 186/8).

10 Segundo JOLOWICZ, art. cit. em a nota 2, supra, p. 287, o “*power to control evidence*”, nos termos em que as RCP o conferem ao juiz, “*manifestly runs counter to the freedom of the parties to present their cases as they wish - which is inherent in the classic adversary system*”.

11 As RCP inspiraram-se notoriamente nas propostas constantes dos relatórios que Lord Woolf elaborou, em 1995 e 1996, como resultado de pesquisa realizada por designação do então *Lord Chancellor*. Nesses documentos apontava-se, como uma das principais causas do mau funcionamento da Justiça civil inglesa, o caráter excessivamente adversarial do sistema. No resumo feito por GREENE, **The New Civil Procedure Rules**, Londres, 1999, p. 2, lê-se: “*Litigation will be less adversarial and more cooperative*”; e, sob essa rubrica: “*Experts should not become part of the adversarial tool*”.

sença do juiz, o acesso a arquivos da parte contrária, a realização de exames médicos para determinar o respectivo estado de saúde físico ou mental.¹² A extensão do trabalho investigatório atribuído aos advogados norte-americanos causa admiração até noutros países de **common law**.¹³

Reformas legislativas dos últimos tempos confiaram ao juiz papel mais saliente no controle do mecanismo da **discovery**. Desse e de outros dados há quem conclua estar superada a caracterização tradicional do processo civil norte-americano como avesso a uma participação menos modesta do órgão judicial na atividade instrutória.¹⁴ A conclusão não soa de todo convincente, quando nada à luz de exposições doutrinárias recentemente publicadas nos próprios Estados Unidos.¹⁵ O que cumpre evitar é o simplismo das contraposições em preto e branco: decerto, reitere-se, muitos ordenamentos processuais aparecem hoje bem mais matizados do que noutros dias. Isso não elimina só por si a existência de linhas limítrofes, ainda que faça altamente desaconselhável o rigor excessivo com que às vezes se tem procurado traçá-las. Afigura-se bem ponderada a manifestação daqueles que, sem deixar de registrar a tendência moderna do processo civil norte-americano a resgatar o juiz da posição de mero “árbitro passivo”, tampouco se abstêm de reafirmar a diretriz primacial do **adversary system**, que confia acima de tudo

12 Vide Rule 26 e segs. das *Federal Rules of Civil Procedure*; na doutrina mais recente, FRIEDENTHAL - KANE - MILLER, **Civil Procedure**, 3ª ed., St. Paul, reimpressão de 2001, p. 386 e segs., onde se lê que a adoção das **discovery rules**, copiadas em quase todas as legislações estaduais, “*virtually revolutionized the practice of law in the United States*” e fizeram da **discovery** “*a vital part of the litigation process*” (pág. 386). Cf. JAMES - HAZARD - LEUBSDORF, **Civil Procedure**, 5ª ed., Nova Iorque, 2001, págs. 283 e segs., espec. 290 e segs., assim como o substancioso artigo de CHASE “*American “Exceptionalism” and Comparative Procedure*”, in *The American Journal of Comparative Law*, v. L (2002), nº 2, p. 292.

13 Já há quase vinte anos observava DAMAŠKA, **The Faces of Justice and State Authority**, New Haven - Londres, 1986, p. 133, nota 67, que “*American discovery practice sometimes appears “exorbitant” - “fishing expeditions” - to lawyers in other common-law countries*”.

14 Nesse sentido, com ênfase digna de nota, DONDI, “*Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*”, in **Riv. trim. di dir. e proc. civ.**, v. LVII (2003), págs. 161 e segs., espec. 162/3, 165. Vide aí a indicação das principais mudanças ocorridas a partir dos anos 80 no sistema norte-americano. Consulte-se ainda TARUFFO, “*Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*”, in **Sui confini**, Bolonha, 2002, págs. 77/8 (há tradução desse artigo para o português, feita pelo autor da presente palestra e publicada, sob o título “*Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*”, in **Rev. de Proc.**, nº 110, p. 0, 141 e segs.).

15 Por exemplo: no artigo cit. em a nota 8, supra, p. 294/6, enfatiza CHASE a correlação entre o “*party controlled pre-trial fact gathering*” e alguns valores apontados como básicos da cultura americana, nomeadamente o igualitarismo, o populismo, o **laissez-faire**, o individualismo e o antiestatismo, tão fortes naquela cultura.

nos esforços dos próprios litigantes.¹⁶

5. O juiz e a instrução do processo: *civil law* - Voltemos os olhos, agora, para o universo de ***civil law***. Nunca é demais ressaltar a impropriedade da qualificação de “inquisitório” para tipificar, com pretensão de generalidade, o modelo dominante nessa área em matéria de divisão do trabalho entre juiz e partes na instrução probatória. Entre outros inconvenientes, o uso indiscriminado da expressão tem o de pôr em falsa pista o estudioso desprevenido, dando a entender que existe *um único* modelo processual verdadeiramente comum a todos os países da família romano-germânica.¹⁷ O certo é que, de par com vistosas semelhanças, sempre houve diferenças relevantes entre os vários ordenamentos que nela se incluem - e a observação das trajetórias por eles descritas em nossos dias só faz confirmar essa diversidade.

Senão, vejamos. A França, onde por largo tempo prevaleceu sistema fortemente marcado pelo domínio das partes sobre mais de um aspecto do processo, inclusive o de que estamos tratando, adotou em 1975 novo ***code de procédure civile***, cujo caráter inovador, no particular, se evidencia à vista do art. 10, que autoriza o juiz a ordenar ***ex officio*** todas as medidas de instrução legalmente admissíveis.¹⁸ Averba a doutrina que assim se erigiu em princípio geral um poder outrora limitado a casos excepcionais.¹⁹ Já não seria cabível aludir, como se aludia noutra época, ao “papel passivo do juiz” no tocante à instrução probatória.²⁰ Aí se tem, pois, sugestivo exemplo de uma evolução em que se desloca o ponto de equilíbrio entre a atuação do órgão judicial e a das partes aumentando o peso anteriormente atribuído àquela.

Outro exemplo de mudança orientada para o incremento dos poderes instrutórios do juiz é o que ministra a recente reforma da ***Zivilprozessordnung*** alemã, por lei de 27.7.2001. Assinalemos um ponto interessante. Ainda antes da reforma, podia o órgão judicial ordenar à parte a apresentação de documentos em seu poder, aos quais *ela* fizesse referência. Agora, a possibilidade vê-se ampliada em duplo sentido. De um lado, ela se estende aos

16 Assim, JAMES - HAZARD - LEUBSDORF, ob. cit., págs. 8 e 5, respectivamente.

17 Contra esse equívoco adverte com razão TARUFFO, trab. cit., p. 74/5, 87.

18 No original: “*Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles*”. Cf. o art. 143: “*Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible*”.

19 Assim, MOREL, **Traité élémentaire de procédure civile**, Paris, 1932, p. 463. Vide, nas págs. 505/6, a indicação de algumas providências já então suscetíveis de ser ordenadas ***ex officio*** pelo órgão judicial.

20 CADIET, **Droit Judiciaire Privé**, 2ª ed., Paris, 1998, pág. 483.

documentos a que a *parte contrária* se refira; de outro, a ordem de apresentação pode ser dirigida igualmente a *terceiros*, desde que isso lhes seja possível e não ocorra qualquer dos casos de recusa legítima a depor como testemunha (§ 142, 1ª e 2ª alíneas).²¹

Já não afina pelo mesmo diapasão o direito espanhol. Na Exposição de Motivos, nº VI, da nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* (nº 1 de 2000), lê-se que ela continua a inspirar-se no “princípio dispositivo”, segundo o qual - tem-se o cuidado de explicitar - “não se entende razoável que incumba ao órgão jurisdicional investigar e comprovar a veracidade dos fatos alegados”. Coerente com essa diretriz, a lei, na contramão da francesa, restringe às hipóteses expressamente previstas o poder do juiz de determinar de ofício a realização de provas (art. 282, 2ª parte). Eliminam-se as antigas “*diligencias para mejor proveer*”, expediente de que se utilizava o órgão judicial para tentar preencher eventuais lacunas do material probatório. Em tal inovação não falta quem veja “*una regresión histórica verdaderamente increíble*”;²⁰ ela se harmoniza, todavia, com o pensamento de outra vertente doutrinária, cuja aversão ao ativismo judicial em matéria de prova chega ao ponto de identificar sintoma de “autoritarismo” na assunção de poderes instrutórios *ex officio* pelo juiz.²²

Também na Itália vêm-se notando sinais contrários à ampla participação do órgão judicial na colheita de provas. Eles aparecem até na esfera do processo penal: o art. 190, 2ª alínea, do *codice di procedura penale* de 1988 igualmente limita às hipóteses contempladas em lei a possibilidade, para o juiz, de determinar *ex officio* medidas instrutórias. Mas trata-se de aspecto particular de uma tendência geral, que se espraia pelo terreno civil, a repudiar a concepção publicística do processo.²³

Não se inclina para esse lado o direito brasileiro. No art. 130, 1ª parte, do Código de Processo Civil de 1973 já se consagrara a regra: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias

21 Cf. OBERHEIM, *Die Reform des Zivilprozesses*, Darmstadt, 2001, pág. 9, onde se chega a vislumbrar na nova regulamentação da matéria certa tendência a aproximar o direito alemão da “*pre-trial discovery*” norte-americana.

22 VÁZQUEZ SOTELO, “*El proceso civil y su futuro*” (relatório apresentado às XVIII Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, de 2002), in *Cuadernos procesales* (México), nºs. 17/18, p. 41/2.

23 Assim, MONTERO AROCA, “*La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad*”, no vol. *Relatorios y ponencias sobre Derecho Procesal* das XVII Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual (San José, 2000), t. II, p. 332/3. A exemplificação do autor recorre a casos em que Estados totalitários abraçaram a orientação de aumentar poderes do juiz - o que somente mostra que o fenômeno não é exclusivo desta ou daquela ideologia. Ou teremos de entender que a Inglaterra, ao editar as RPC, optou por alguma forma de “autoritarismo”?

à instrução do processo”. À vista dela, devem considerar-se meramente explicitantes disposições em que se prevê a iniciativa probatória oficial, como as dos arts. 342, 355, 382, 399, 416, *caput, initio*, 418, 426, nº II, 437, 440 etc. Linguagem expressiva foi depois empregada no art. 5º, 1ª parte, da Lei nº 9.099, de 26.9.1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais: “O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas”.

Ainda se nota, às vezes, certa timidez na interpretação e aplicação dessas normas, cuja incidência, ao ver de alguns, ficaria limitada a hipóteses especiais, em que haja relevante interesse público, ou se trate de direitos indisponíveis, e assim por diante.²⁴ Na lei, porém, não se encontra base para tantas distinções. Claro está que, *de fato*, por óbvias razões, o material probatório virá aos autos sobretudo pelas mãos das partes, que têm ciência direta dos acontecimentos relevantes e dos elementos capazes de comprovar as alegações a eles relativas. Isso não se discute; a questão é saber se o juiz há de limitar-se a aguardar, passivamente, tal contribuição, e de dar-se por satisfeito com ela, ainda quando a repete insuficientemente esclarecedora e sinta desconforto em ter de lançar mão das regras sobre distribuição do ônus da prova para julgar sem saber ao certo o que sucedeu.

6. Conclusões - Que conclusões se podem tirar dos dados até aqui expostos? Uma coisa percebe-se com facilidade: em nenhuma das duas famílias é uniforme o sentido da evolução. Parecem mover-se os ordenamentos segundo linhas sinuosas, com fluxos e refluxos no interior de cada grupo.

Com efeito. No universo de **common law**, é sensível o descompasso entre Inglaterra e Estados Unidos: o direito inglês distancia-se a passos largos das posições clássicas do **adversary system**, desloca a tônica - em matéria de prova como noutras - do controle do processo pelas partes para o comando do juiz²⁵; o norte-americano, apesar de recentes reformas legislativas, permanece mais apegado à tradição *adversarial*. No mundo de **civil law**, França e Alemanha reforçam os poderes instrutórios do órgão judicial, enquanto Espanha e Itália caminham no sentido oposto.

24 Cf. o acórdão do Superior Tribunal de Justiça apontado in THEOTONIO NEGRÃO, **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**, 35ª ed. (por José Roberto Ferreira Gouvêa), S. Paulo, 2003, nota 2a ao art. 130.

25 Extremamente sugestivos os títulos de dois artigos - um anterior, outro posterior ao advento das **Rules of Civil Procedure** -, da autoria de eminentes processualistas ingleses: ZUCKERMAN, English Civil Procedure - “*The Shift Away from Party Control and Orality*”, in **Zeitschrift für Zivilprozess International**, v. 1 (1996), p.; ANDREWS, “*A New Civil Procedural Code for England: Party-Control “Going, Going, Gone”*”, in **Civil Justice Quarterly**, v. 19 (2000), p. 19 e segs.

Por outro lado, não há como deixar de registrar que a imagem colhida nos textos legais, e mesmo na doutrina que sobre eles trabalha, nem sempre (não poucos diriam: quase nunca) coincide perfeitamente com a que se desenha na prática do foro. Assim é que às vezes se afigura vão o desígnio dos legisladores e dos juristas de fomentar maior participação dos juízes na atividade instrutória: por uma série extensa de razões, que seria descabido analisar neste momento, costumam ser raras as iniciativas oficiais na colheita de provas.²⁶ Ora, a mera circunstância de atribuir-se ao órgão judicial, em teoria, o poder de tomá-las pouco valerá, como elemento de caracterização de um sistema jurídico, se a outorga do poder não passa, *in concreto*, de letra morta. O sistema acaba por não se afastar em grau apreciável de outro que reserve abertamente às partes a iniciativa na matéria.

Tudo isso concorre para esbater ainda mais as divisas entre famílias jurídicas, do ponto de vista em que nos colocamos aqui. Parece-nos exagero relegá-las à posição de “mito”, como querem alguns²⁷ - até porque se têm de levar em consideração outros aspectos, tão relevantes quanto o focalizado nesta oportunidade, ou talvez mais. Com efeito, em vários pontos, o ordenamento inglês - no campo do processo e fora dele - continua a parecer-se mais com o norte-americano que com qualquer dos vigentes na Europa continental e na América Latina, assim como o ordenamento espanhol ou o italiano continua a parecer-se mais com o alemão ou com o francês que com os do mundo anglo-saxônico. No âmbito da Justiça, basta recordar, a título exemplificativo, os seguintes tópicos:

a) a forma de recrutamento dos juízes ? em regra, nos países de *civil law*, mediante concurso público ou alguma forma de prova de capacidade intelectual; nos de *common law*, por critérios de índole política, seja a nomea-

26 Cf., no tocante à França, a observação de HÉRON, *Droit judiciaire privé*, Paris, 1991, p. 164: “... en pratique, cependant, les juges n’usent que très peu de ce pouvoir” [o de determinar ex officio diligências probatórias]. *La grande majorité des mesures d’instruction sont ordonnées à la demande des parties ...*. Sem dúvida, outro tanto se pode dizer do Brasil.

27 V.g., CÂNDIDO DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 2ª ed., S. Paulo, 2002, p. 172/3. Um crítico tão severo da simplificação com que não raro se fala da contraposição entre processo de *civil law* e processo de *common law*, como é TARUFFO, não deixa de reconhecer que a afirmação de haver ela cessado seria “evidentemente assurda di fronte alle numerose e rilevanti differenze che tuttora sussistono” (trab. cit., págs. 87/8). Cf., em termos mais gerais, a obra recente e preciosa de VARANO - BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, vol. I - “Testo e materiali per un confronto civil law common law”, Turim, 2002, p. 33: *apesar das convergências atuais, cada vez mais vistas e relevantes, entre as duas tradições, “restano tuttavia (...) delle differenze importanti, che marcano in maniera abbastanza profonda i due gruppi di ordinamenti”*.

ção pelo Executivo, aprovada por órgão legislativo, seja por eleição popular;²⁸

b) a existência de uma carreira judiciária nos países de **civil law**, em contraposição aos de **common law**, onde, em princípio, o juiz nomeado para determinado cargo nele permanece, e só acidentalmente, nunca em virtude de promoção pura e simples, passa a ocupar outro de superior hierarquia;²⁹

c) a outorga ao júri de competência para julgar litígios não penais? tradição inglesa pluricentenária,³⁰ hoje, repita-se, quase extinta na Inglaterra, mas

28 Para uma indicação sintética mas precisa da diferença fundamental entre a forma de recrutamento dos juízes na Inglaterra e nos países de **civil law**, vide VARANO, **Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna**, Milão, 1973, pág. 54. Cf., em MOCCIA, **Il sistema di giustizia inglese**, Rimini, 1984 (reimpr. de 1987), págs. 75/6, um esquema das várias possibilidades existentes naquele mesmo país em matéria de recrutamento de juízes. Nos Estados Unidos, a nomeação para o cargo de juiz federal compete ao Presidente da República, com aprovação do Senado, ao passo que vários Estados adotam o procedimento eleitoral para a escolha dos juízes: ao propósito, extensamente, HAZARD ? TARUFFO, **La giustizia civile negli Stati Uniti**, Bolonha, 1993, p. 73 e segs. Boa informação sobre o assunto, igualmente, em MEADOR, **American Courts**, St. Paul, 2000, p. 51 e segs. É natural que influa no modo de desenvolvimento do processo o modelo estrutural do Judiciário, assim como a forma de recrutamento dos juízes: sugestivas observações ao propósito em DAMAŠKA, "Professione legale e organizzazione dello Stato", trad. ital. de Fabio Rota, no vol. col. **Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti** (ed. de Dondi), Bolonha, 1993, p. 59 e segs., que compara o "modelo paritário", adotado no **common law**, com o "modelo hierárquico", característico do **civil law**.

29 "There is no regular practice in England of promoting judges", lê-se em JACKSON, **The Machinery of Justice in England**, Cambridge, 1970, pág. 293. Que haja na Inglaterra "una professione o carriera giudiziaria" trata de negar explicitamente JOLOWICZ, na exposição inserta, sob o título "L'amministrazione della giustizia civile: Inghilterra e Galles", na valiosa obra coletiva **La giustizia civile nei paesi comunitari** (ed. por Fazzalari), Milão, 1994, p. 147. Acerca dos juízes norte-americanos, escreve por sua vez MEADOR, ob. cit.: "once in the bench they do not, generally, follow a promotional pattern through the ranks of the judiciary" (pág. 49); "There is no system of promotion and no substantial sentiment among American lawyers, judges, or politicians that such a system would be desirable" (p. 51).

30 29 Segundo informa SHAPIRO, **Courts - A Comparative and Political Analysis**, Chicago - Londres, s.d., p. 84/5, "by the fifteenth century the jury had become the standard judicial instrument for finding facts in both criminal and civil cases". Quanto ao acentuado declínio da instituição, em matéria civil, na Inglaterra (e também, mas com menor intensidade, noutros ordenamentos de **common law**), vide as indicações bibliográficas em BARBOSA MOREIRA, ob.e lug. cit. em a nota 3, supra, às quais se pode aditar JOLOWICZ, art. cit. em a nota 2, supra, p. 282, e trab. cit. em a nota 26, supra, p. 145: "oggi, l'uso di una giuria nelle cause civili è estremamente raro". Enquanto isso, nos Estados Unidos, CHASE aponta o júri civil, em recente ensaio, como um dos traços que configuram a "excepcionalidade" do processo norte-americano: "American 'Exceptionalism' and Comparative Procedure", in **The American Journal of Comparative Law**, vol. L (2002), págs. 288 e segs. (também desse artigo há tradução para o português, feita pelo autor da presente palestra e publicada, sob o título "A 'excepcionalidade' americana e o direito processual comparado", in **Rev. de Proc.**, nº 110, p. 115 e segs.; o trecho relativo ao júri civil está nas p. 126 e segs.). Diversamente, TARUFFO, trab. cit., p. 82, sustenta que seria impróprio, hoje, ver no júri um elemento fundamental do modelo norte-americano de processo civil.

subsistente nos Estados Unidos - onde, já se registrou, constitui até garantia constitucional -, e estranha ao universo de **civil law**;³¹

d) as principais características da audiência de julgamento, sobretudo quanto à colheita da prova oral, interrogadas que são as testemunhas, nos países de **common law**, diretamente pelos próprios advogados, ao contrário do que se dá nos de **civil law**, onde as perguntas são formuladas pelo juiz, ou por seu intermédio;³²

e) **last but not least**, por sua manifesta significação para tema processual tão relevante quanto o da fundamentação das decisões, o valor do precedente judicial, normalmente vinculativo para os juízes e tribunais anglo-saxônicos,³³ não porém nos ordenamentos romano-germânicos, sem embargo da influência exercida **de facto** (e, no Brasil, com crescente intensidade, também **de iure**³⁴), pela jurisprudência dos órgãos superiores.

Apesar de tudo isso, as diferenças tendem a tornar-se menos salientes do que já foram.³⁵ Se nos permitem uma imagem - aproximativa, como todas as imagens -, é como se assistíssemos à progressiva aproximação de dois círculos, a princípio separados por largo espaço. Chega a hora em que eles

31 Sobre a malograda tentativa, no período revolucionário, de introduzir o júri civil na França, vide ROYER, **Histoire de la justice en France**, Paris, 1995, p. 286 e segs.

32 Para a descrição pormenorizada do procedimento inglês, no particular, vide, por exemplo, JACOB, **The Fabric of English Civil Justice**, Londres, 1987, p. 161 e segs.; quanto ao **trial process** norte-americano, entre outros, FRIEDENTHAL - KANE - MILLER, ob. cit. em a nota 10, *supra*, p. 472 e segs.

33 É vasta a literatura a respeito do assunto. O leitor brasileiro terá fácil acesso à exposição sintética de RE, acerca do sistema norte-americano, sob o título "**Stare decisis**", em tradução de Ellen Gracie Northfleet, in **Rev. de Proc.**, nº 73, p. 47 e segs. No que tange ao direito inglês, vide, por exemplo, KIRALFI, **The English Legal System**, 6ª ed., Londres, 1978, p. 71 e segs.; JAMES, **Introduction to English Law**, 10ª ed., Londres, 1979, págs. 17 e segs.; WALKER & WALKER, **The English Legal System**, 5ª ed., Londres, 1980, p. 128 e segs. (repare-se na informação, constante da p. 19 da segunda obra citada e da p. 142 da terceira, de que, nos termos de anúncio feito em 1966 pelo *Lord Chancellor*, a **House of Lords** já não se julgaria, daquela data em diante, vinculada por seus próprios precedentes, reservando-se o poder de "*depart from a previous decision when it appears right to do so*"; ressalve-se que a vinculação subsistiu para todos os órgãos judiciários inferiores). Ocioso frisar a importância do regime aplicável ao precedente para um tema processual tão relevante como o da *fundamentação das decisões*.

34 Atente-se especialmente no art. 557 e seu § 1º-A do Código de Processo Civil, na redação da Lei nº 9.756, de 17.12.1998. Sobre a evolução do direito brasileiro na matéria, CÂNDIDO DINAMARCO, "O relator, a jurisprudência e os recursos", no vol. col. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98** (coord. de Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr.), S. Paulo, 1999, p. 128 e segs.

35 Dignas de atenção e reflexão, a esse respeito, as considerações de TARUFFO, *trab. cit.*, p. 87 e segs.

se tangenciam, ou mesmo se tornam secantes. Haverá uma área comum; mas também haverá, num e noutro círculo, grandes arcos para os quais subsistirá a separação.

Todo prognóstico é naturalmente arriscado. Não deve errar muito, contudo, quem vaticinar que o processo evolutivo continuará a desenvolver-se ao longo das linhas acima sucintamente descritas, sem que fique em absoluto excluída a hipótese de avanços e recuos, maiores ou menores, aqui e ali. A influência recíproca tende a intensificar-se: é uma das tantas manifestações do fenômeno da globalização. Hoje, por motivos óbvios - e goste-se ou não se goste -, ela atua com mais força no sentido de certa “americanização” do resto do mundo, no território do processo como em tantos outros.

O direito brasileiro tem assimilado idéias dessa procedência, na esfera processual não menos que noutras: nossas ações coletivas, por exemplo, devem bastante, em sua inspiração, às **class actions** norte-americanas, sem embargo de perceptíveis diferenças de disciplina. Já experimentamos, para o recurso extraordinário, filtro semelhante ao utilizado pela *Supreme Court* para as **petitions for certiorari**: houve tempo em que, para tornar admissível o recurso, em determinados casos, o recorrente precisava convencer o Supremo Tribunal Federal da “relevância da questão federal” suscitada³⁶ - e não falta quem preconize o restabelecimento de mecanismo desse tipo.³⁷ No terreno probatório, é patente a influência americana em certas disposições da Carta Política de 1988, v.g. a que nega admissibilidade às provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, nº LVI).³⁸ Outra proposta “americanizante” é a que consta de um dos projetos de reforma do Código de Processo Penal em tramitação no Congresso, a saber, o que visa a modificar o art. 212 para estatuir que, na prova testemunhal, as perguntas passem a ser feitas “pelos partes diretamente à testemunha”, em vez de o serem, como hoje, por intermédio do juiz. Já no âmbito civil não se cogita, ao que consta, de medidas que transfiram para as partes (**rectius**: para os advogados) poderes instrutórios do órgão judicial.

36 O requisito, previsto em emendas ao Regimento Interno da Corte, de 1975 e 1985, tinha assento constitucional no art. 119, parágrafo único, da Emenda nº 1, de 1969 - na verdade, apesar do rótulo, uma nova Constituição, que substituiu a de 1967.

37 Nesse sentido dispõe o § 4º que o Projeto de Emenda Constitucional nº 9/2000 pretende acrescentar ao art. 102, ao prescrever que “o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissibilidade do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

38 Vide, ao propósito, BARBOSA MOREIRA, “O processo penal norte-americano e sua influência”, in **Rev. de Proc.**, nº 103, p. 104/5.

Para quem não simpatize - e é o caso do autor desta palestra - com a idéia de reduzir o papel do juiz ao de um “convidado de pedra”, o que se impõe é estimular o exercício dos mencionados poderes, proporcionando ao magistrado condições de trabalho capazes de permitir-lhe atuar com maior intensidade no particular, e acima de tudo promovendo um câmbio de mentalidade: o juiz tem de convencer-se de que podemos e devemos, sempre que necessário, cobrar-lhe maior contribuição na averiguação dos fatos. Isso, no entanto, já seria assunto para *outra* palestra. ◆